

# LA COMPOSICIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN PERSPECTIVA COMPARADA (EN ESPECIAL, CON RELACIÓN A ESTADOS UNIDOS)

FERNANDO SIMÓN YARZA\*

*Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad de Navarra*

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. El modelo de contraposición.
- III. La comparecencia parlamentaria.
- IV. El modelo de consenso.
- V. Las cualidades del candidato.
- VI. La duración del mandato.
- VII. El número de Jueces.

## I. INTRODUCCIÓN

La anómala situación a la que se ha visto abocado el Tribunal Constitucional en los últimos años ha dado lugar a una advertencia sin precedentes del propio órgano, y ha conducido a algunos relevantes juristas a sugerir medidas para corregirla y evitar que se repita. A este problema se han añadido otros que, en los últimos tiempos, han propiciado reflexiones de desigual profundidad y acierto. Muchas de aquellas dolencias, sin embargo, son difíciles de resolver con simples reformas jurídicas<sup>1</sup>. Y es que la lealtad institucional de cada uno de los actores que forjan la imagen pública del órgano es una actitud que, en última instancia, no se puede ordenar coercitivamente. Tampoco puede desdenarse, sin embargo, el efecto que las reglas sobre la composición del Tribunal

\* Agradezco sinceramente al profesor James E. Fleming, de la *Boston University School of Law*, su amable acogida durante el cuatrimestre que, en la primavera-verano de 2012, pasé en aquella Universidad. Investigar bajo su dirección ha sido un gran privilegio.

1 Comparto el escepticismo que ha expresado, precisamente a este propósito, el profesor A. Fernández-Miranda en una de sus respuestas a la encuesta publicada en el núm. 28 de *Teoría y Realidad Constitucional* (2010), pág. 49.

tienen, como auténticas garantías jurídicas, sobre la independencia y las apariencias de independencia de la Justicia Constitucional.

Las páginas que siguen constituyen una reflexión sobre las principales de estas normas a la luz del Derecho comparado, en especial de la experiencia norteamericana, cuna de la *judicial review*. No se trata de un mero juicio abstracto sobre las reglas vigentes en uno y otro país, sino de una reflexión apoyada en la *experiencia* de la ejecución de dichas reglas. La regulación norteamericana contrasta en muchos aspectos con la mayoría de los sistemas europeos y, al mismo tiempo, cuenta con más de dos siglos de aplicación práctica. Ofrece, en consecuencia, un material único para el estudio comparado, y es por ello que, a mi juicio, merece la pena dedicarle un mayor espacio. Dicho esto, hay que añadir que el trabajo desvía la atención a otros ordenamientos cuando las peculiaridades de aquel país impiden encontrar una solución satisfactoria para nuestros propios problemas.

La primera dificultad que encuentra el jurista al examinar la Justicia Constitucional consiste en ponderar adecuadamente dos exigencias tan heterogéneas como la *transparencia* y el *control democrático*, de un lado, y el *distanciamiento e independencia* que requiere la función jurisdiccional, de otro<sup>2</sup>. La difícil tarea de lograr ese equilibrio, entre la *proximidad* y el *distanciamiento*, comienza ya con una regulación apropiada de la composición de los órganos encargados de tan alta función. Aparte de la *finezza* que parece exigir una correcta comprensión de estos principios teóricos, el estudio comparado requiere siempre una cautela añadida, a saber, la de considerar los riesgos inherentes a toda transposición de instituciones foráneas. Existen normas de justicia universalizables que, ciertamente, pueden trasladarse de un país a otro sin demasiados reparos. Se dan también, de todos modos, normas y costumbres que, por benéficas que sean, sólo pueden arraigar en unas condiciones particulares, por lo que el trasplante carecería de éxito si no se encontrase el suelo propicio. Tampoco se puede perder de vista, por último, que algunas reglas vienen a corregir problemas locales, domésticos. Sin aquellas circunstancias históricas cuya concurrencia las justificó, adoptar estas normas sería superfluo, cuando no dañino.

Puede decirse, para concluir esta introducción, que el estudio de la correlación interna que guardan las normas de un sistema determinado, así como el examen de sus orígenes y de su desenvolvimiento histórico, son componentes metodológicos necesarios para un trabajo de Derecho comparado. Éste es el camino que, con mayor o menor fortuna, se ha pretendido seguir en las páginas que siguen.

## II. EL MODELO DE CONTRAPOSICIÓN

Como es bien sabido, el Artículo II de la Constitución norteamericana otorga al Presidente el poder de «proponer y, con el consejo y el consentimiento (*advice and consent*) del Senado, nombrar (...), Jueces del Tribunal Supremo». Al igual que sucedió

2 Sobre el equilibrio en que se encuentra la justicia constitucional, *vid.* principalmente el libro clásico de BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1962; y, entre nosotros, FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, 1997 (3.<sup>a</sup> ed., 2012).

con toda la estructura institucional fijada por la Constitución norteamericana, la regulación del proceso de nombramiento de jueces fue presidida por la voluntad de establecer «controles y contrapesos» (*checks and balances*). Bajo el temor de la tiranía del ejecutivo, el llamado *Virginia Plan*, que fijó la agenda de la Convención Constitucional, había sugerido un cuerpo judicial federal elegido por el legislativo. Esta propuesta —promovida entre otros por Benjamin Franklin y George Mason— suscitó la oposición de quienes, como Madison, entendían que el legislador designaría hombres que favoreciesen a la asamblea. Entre las alternativas que se sugirieron, fue idea de Hamilton la de un nombramiento ejecutivo con el «*advice and consent*» del Senado. Aunque al principio sería rechazada, su sugerencia acabaría imponiéndose como un compromiso entre partidarios y detractores de un ejecutivo fuerte<sup>3</sup>.

En *El Federalista*, el propio Hamilton justificó la iniciativa presidencial afirmando que «un hombre de discernimiento está mejor preparado para analizar y estimar las cualidades peculiares que se adaptan a cada cargo particular que un cuerpo de hombres de igual o quizás, incluso, superior discernimiento». A su juicio, «la responsabilidad sola e indivisa en un hombre» a la hora de realizar la selección generaría naturalmente «un sentido más vivo del deber y una atención más exacta a la reputación». Admitido esto, Hamilton era también consciente que «un solo hombre que tuviese los cargos a su disposición sería guiado mucho más por sus inclinaciones e intereses privados que si tuviese que someter la idoneidad de su elección a la discusión y determinación de un cuerpo distinto e independiente». En ello se justificaría, pues, el papel codecisor del Senado: «la necesidad de su concurrencia tendría una gran efectividad, aunque en general silenciosa. Sería un excelente control sobre el espíritu de favoritismo del Presidente, y tendería en gran medida a prevenir el nombramiento de caracteres inadecuados por el prejuicio estatal, conexión familiar, vínculo personal o con vistas en la popularidad».

Este sistema de elección puede calificarse con justeza como *un modelo de contraposición*. Se trata de un sistema apropiado, como indicó Hamilton, para evitar que se imponga el espíritu de facción. Su desenvolvimiento histórico, sin embargo, permite comprender algo que Hamilton no previó, sin duda, cuando afirmó —tal vez ingenuamente— que la acción del Senado sería efectiva pero silenciosa, o que «no es muy probable que la sanción sea rechazada, a no ser que haya especiales y fuertes razones para el rechazo»<sup>4</sup>. Al contrario, la tensión ha sido una constante del *appointment process* desde sus mismos orígenes, como se desprende de una somera ojeada histórica. Una comprensión cabal de la contraposición comienza por estudiar cómo *los presidentes* han ejercido, a lo largo de la historia, su capacidad de *iniciativa*. Es cierto que, en consonancia con los augurios de Hamilton, uno de los criterios que han tratado de seguir casi siempre con sus propuestas es el de la *inteligencia y el mérito objetivo*. Éste habría de ser, indudablemente, el principal de los criterios, como Felix Frankfurter puso de manifiesto en una ocasión<sup>5</sup>. Aunque ni

3 Vid. más ampliamente HARRIS, J.P., *The Advice and Consent of the Senate*, University of California Press, Berkeley, 1953, págs. 19-25.

4 HAMILTON, A., *The Federalist papers*, § 76, Cambridge University Press, Nueva York, 2003 (reimpr. 2009), págs. 369 y 371.

5 FRANKFURTER, F., «The Supreme Court in the Mirror of Justices», *Pennsylvania Law Review*, vol. 105-6 (Abril 1957), pág. 796.

la Constitución ni las leyes de Estados Unidos requieren que los miembros del Tribunal Supremo sean juristas, ningún lego en Derecho ha servido en el Alto Tribunal en sus más de doscientos años de historia. Más aún, se aprecia en las últimas cuatro décadas una fuerte tendencia a nombrar candidatos con experiencia en la función jurisdiccional<sup>6</sup>. No obstante, con independencia del pasado judicial del candidato —que, como el propio Frankfurter afirmó en el trabajo citado, no es sinónimo de competencia jurídica—, los distintos presidentes han prestado especial atención, con carácter general, a un reconocido prestigio en el ámbito del Derecho. Un caso paradigmático al respecto es tal vez el de Benjamin N. Cardozo, uno de los más prestigiosos jueces de su tiempo y de la historia del Tribunal Supremo. Pese a su afiliación demócrata, Cardozo fue nombrado por un presidente republicano, Herbert Hoover, bajo una intensa presión del Senado<sup>7</sup>.

Dicho esto, es igualmente cierto que, en su evolución histórica, el nombramiento de jueces del Tribunal Supremo —y muy especialmente del *Chief Justice*— se ha revelado como una de las más importantes y cuidadas decisiones políticas de los distintos presidentes. En numerosas ocasiones, los nombramientos se han convertido en un asunto central en la campaña electoral<sup>8</sup>, y han sido utilizados para lograr objetivos muy heterogéneos, a menudo entreverados. Un objetivo fundamental de los presidentes ha sido el de *imprimir su sello ideológico* en la Corte y prolongar, en la medida de lo posible, su propia influencia. Hasta la fecha, tan sólo 13 de los 112 jueces que han sido promovidos al Tribunal Supremo a lo largo de la historia mantenían una filiación política distinta de la del partido del presidente en el momento del nombramiento<sup>9</sup>. Más allá de lo que revela este dato, los presidentes han buscado con frecuencia en sus candidatos una afinidad ideológica en temas más concretos<sup>10</sup>. En algunos casos —pocos, afortunadamente— la *amistad* ha jugado un papel determinante en el nombramiento. En estos supuestos, sin embargo, existe una cierta coincidencia en que el resultado ha sido más bien pobre<sup>11</sup>.

6 Con posterioridad al nombramiento de Rehnquist, en 1971, todos los *Justices* hasta 2010 habían tenido experiencia judicial previa. *Vid.*, críticos de esta costumbre, EPSTEIN, L., KNIGHT, J., y MARTIN, A., «The Norm of Prior Judicial Experience and its Consequences for Career Diversity on the United States Supreme Court», *California Law Review*, vol. 91-4 (Julio 2003), págs. 903 y ss. La propensión ha sido rota recientemente, de todos modos, con la confirmación de Elena Kagan.

7 TRIBE, L., *God Save this Honorable Court*, Random House, Nueva York, 1985, págs. 80-81.

8 *Vid.* ABRAHAM, H., *Justices, Presidents and Senators. A History of U. S. Supreme Court Appointments*, Rowman & Littlefield Publishers, 5.<sup>a</sup> ed., Plymouth (Reino Unido), 2008, págs. 93-98 (sobre los nombramientos de Lincoln); págs. 207-208 (sobre el nombramiento de W. Brennan por Eisenhower); pág. 235 (sobre los nombramientos de Nixon); o pág. 265 y ss. (sobre el nombramiento de Sandra Day O'Connor por Ronald Reagan). *Vid.* también SERRA CRISTÓBAL, R., *La selección de jueces en Estados Unidos*, Civitas, Madrid, 2011, págs. 55 y ss.

9 *Vid.* ABRAHAM, H., *Justices, Presidents and Senators*, cit., págs. 383-387.

10 Así, por ejemplo, George Washington se preocupó particularmente de que los jueces del Tribunal Supremo fuesen convencidos federalistas; y, en la campaña electoral de 1860, Lincoln sugirió que nombraría a jueces opuestos a la esclavitud, perfil que, en mayor o menor medida, cumplieron todos los candidatos que llevó a la Corte. El 26 de junio de 1857, Lincoln afirmó que los republicanos harían todo lo que estuviese en su mano para lograr que la decisión *Dred Scott* —que sustruía al gobierno federal el poder de prohibir la esclavitud en los territorios— fuese revertida. De entre los cinco jueces que llevó a la Corte, mantenían una firme oposición a la esclavitud Swayne, Miller y, principalmente, el *Chief Justice* Salmon Chase (*vid.* MCGINTY, B., *Lincoln and the Court*, Harvard University Press, Cambridge, 2008, págs. 59, 106, 109 y 216 y ss.).

11 Los casos más ilustrativos al respecto son, seguramente, los cuatro jueces nombrados por Harry Truman: Burton, Vinson, Clark y Minton. La comunidad jurídica ha contemplado generalmente a Minton y a

Teniendo en cuenta la intensidad política de la decisión presidencial, no es de extrañar que el contrapeso que constituye el Senado se haya empleado, igualmente, con gran energía<sup>12</sup>. Hasta la fecha, de los 150 candidatos propuestos —ora como nuevos jueces, ora promovidos de *Associate a Chief Justice*— han fracasado 30, de los cuales tan sólo 12 recibieron un voto negativo expreso de la cámara. La confirmación de los otros 18 fue expresamente pospuesta o, simplemente, no tomada en consideración. En estos casos, lo cierto es que el comportamiento del Senado no ha sido homogéneo. Un primer motivo, dominante a lo largo del siglo XIX, es la *política de partido y la oposición al presidente*, que ha arrojado hasta 14 casos de no confirmación. En segundo lugar, 5 jueces han fracasado en la confirmación por simple *falta de competencia jurídica*. En 4 ocasiones, el género de razones que han propiciado la negativa en el proceso de confirmación han sido los reparos éticos o jurídicos sobre los *intereses personales* y las *cualidades morales* del candidato, así como la *legalidad* de su nombramiento. En fin, el último aspecto que ha sido objeto de escrutinio es la *ideología del candidato*, que resultó determinante hasta en cinco ocasiones<sup>13</sup>. Estos números, sin embargo, pueden resultar engañosos, dado que la principal causa de rechazo —la política partidista— ha tenido menor importancia en el siglo XX. En realidad, la honestidad personal y el factor ideológico se han convertido en los dos principales elementos de escrutinio. Entre ellos, la ideología del candidato parece jugar un papel preponderante —como a continuación examinaremos—, hasta el punto de que, en ocasiones, la búsqueda de una mácula ética en el historial únicamente ha tratado de reforzar objeciones ideológicas.

### III. LA COMPARECENCIA PARLAMENTARIA

Otro aspecto importante del modelo norteamericano de elección judicial, estrechamente ligado a lo que hemos calificado como *sistema de contraposición*, es la centralidad de la comparecencia parlamentaria. Se trata de un rasgo que no resulta inherente al procedimiento ni formaba parte de él originariamente, sino que surgió bien entrado el siglo XX. Hasta el año 1929, en efecto, el debate sobre los nombramientos en el Senado se celebraba en sesión cerrada, a no ser que dos tercios de la cámara decidiesen abrir el procedimiento al público. Esto sólo ocurría en contadas ocasiones, como fue el caso del nombramiento de Louis Brandeis en 1916 o de Harlan Fiske Stone en 1925 —el primero, por cierto, en aceptar comparecer ante la Comisión<sup>14</sup>. La regla general era, en la letra y en la práctica, la discreción. Fueron las filtraciones en algunas confirmaciones fallidas

Vinson como un fracaso, mientras que Burton ha sido considerado como un juez mediocre (*vid.* RUDKO, F.H., *Truman's Court*, Greenwood Press, Westport, 1988, págs. 25-31; y YALOF, D. A., *Pursuit of Justices: Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, págs. 20-40).

12 *Vid.* al respecto EPSTEIN, L., y SEGAL, J., *Advice and Consent*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, págs. 20 y ss.; y TRIBE, L., *God Save this Honorable Court*, cit., págs. 77 y ss.

13 La clasificación ha sido elaborada a partir de diversas fuentes, principalmente del capital compendio, ya citado, *Justices, Presidents and Senators*, de Henry Abraham.

14 *Vid.*, muy documentado, THORPE, J.A., «The Appearance of Supreme Court Nominees Before the Senate Judiciary Committee», *Journal of Public Law*, vol. 18 (1969), págs. 371 y ss.

las que condujeron, en 1929, a convertir en norma escrita la publicidad. Actualmente, la Regla XXXI (antigua Regla XXXVIII) del Reglamento del Senado (*Standings Rules of the United States Senate*), afirma en su apartado 2º que «todos los asuntos en el Senado serán tratados en sesión abierta, salvo que, según lo estipulado por la Regla XXI, el Senado determine por mayoría que una nominación particular, un tratado o cualquier otro asunto sea considerado en sesión ejecutiva cerrada»<sup>15</sup>.

Al margen de excepciones como las señaladas, la práctica habitual de la comparecencia ante la Comisión de Justicia del Senado (*Senate Committee on the Judiciary*) se inició en 1939, con el llamamiento a Felix Frankfurter. El prominente jurista trató de eludir los «*hearings*» con sus obligaciones profesoras como coartada. Al hacerse públicas sus excusas, sin embargo, acabó cediendo a las presiones y compareció. En su declaración leída ante la Comisión de Justicia, el propio Frankfurter, favorable a un escrutinio ideológico amplio, se mostró muy crítico respecto a la incipiente convocatoria de los candidatos ante el Senado:

«Así como creo que el historial del nominado debería ser estudiado a fondo por este Comité, espero que no piensen ustedes presuntuoso por mi parte sugerir que ni tal examen ni los mejores intereses del Tribunal Supremo se verán ayudados por la participación personal del propio nominado. Habría de considerar impropio para un nominado, no menos que para un miembro del Tribunal, expresar sus puntos de vista personales sobre asuntos políticos controvertidos que afectan al Tribunal. Mi actitud y mi perspectiva en materias relevantes ya han sido plenamente expresadas a lo largo de un periodo de años y son fácilmente accesibles. Consideraría no sólo de mal gusto, sino también incompatible con los deberes del cargo para el que he sido propuesto, que se intente que complementé mi historial pasado con declaraciones presentes»<sup>16</sup>.

Pese a las reservas de Frankfurter, la relevancia de los *hearings* iría en aumento desde entonces. El último candidato en negarse a comparecer fue Sherman Minton, que en 1949 esgrimió las mismas objeciones que Frankfurter había formulado hacía una década ante la propia Comisión<sup>17</sup>. Con el tiempo, sin embargo, una negativa como la de Minton ha llegado a convertirse en algo inconcebible. Un contrapunto que merece la pena referir es el caso de la elevación de William Rehnquist a *Chief Justice* por Ronald Reagan en 1986. Rehnquist, que gozaba ya de un conocido pasado como Juez del Tribunal Supremo, se mostró reticente a la llamada del Senado. Tuvo que ser urgido a

15 Curiosamente, los opositores a este sistema entendían que la publicidad podría inhibir a los senadores de formular reparos hacia los candidatos, algo que, a la vista de los años, no deja de resultar irónico. *Vid.*, FREUND, P., «Appointment of Justices: Some Historical Perspectives», *Harvard Law Review*, vol. 101-6 (Abril 1988), págs. 1157 y ss.

16 «Statement of Dr. Felix Frankfurter (Jan. 12, 1939)», en *Nomination of Felix Frankfurter: Hearings Before a Subcomm. of the Senate Comm. on the Judiciary*, 76<sup>th</sup> Congress, First Session, Government Printing Office, Washington, 1939, págs. 107-08.

17 *Vid.* «Letter by Sherman Minton to the Senate Judiciary Committee explaining his refusal to testify (Oct. 1, 1949)», en MERSKY, R., y JACOBSTEIN, J.M., *The Supreme Court of the United States Nominations: Hearings and Reports*, vol. 5, Law Book Publishers, Washington, 1977.

comparecer por la propia Casa Blanca, consciente de que su negativa sería interpretada como un despalte que daría al traste con cualquier esperanza de confirmación<sup>18</sup>.

La mutación decisiva de los *hearings*, que ha dado como resultado un cambio sustancial en todo el procedimiento, se produjo entre 1987 y 1991, o lo que es lo mismo, entre los nombramientos de Robert Bork y Clarence Thomas. De hecho, hablar de un *post-Bork confirmation process* es normal en la literatura sobre la materia<sup>19</sup>, aunque no sea ésta, posiblemente, la batalla más amarga que se ha librado en torno a un candidato. La nominación de Louis Brandeis suscitó una oposición igualmente virulenta, envenenada además con la ponzoña del antisemitismo<sup>20</sup>. Sin embargo, lo que singulariza la fallida confirmación de Bork fue que, realmente, transformó la naturaleza del proceso.

Aunque nadie discutía la altura profesional de Robert Bork<sup>21</sup>, había dos factores concurrentes que precipitaron la batalla: el primero, que el candidato era el principal representante del originalismo, una teoría hermenéutica opuesta, como es bien sabido, a cualquier forma de interpretación creativa de la Constitución —y, por consiguiente, a la deducción del innominado derecho a la privacidad de la V Enmienda creado en *Griswold v. Connecticut* (1965) y aplicado en *Roe v. Wade* (1972). En segundo lugar, el nombramiento de Bork habría implicado un cambio de signo ideológico en la Corte: era, en palabras de Ackerman, un *transformative appointment*. Así las cosas, los *hearings* de Robert Bork se convirtieron en un severo interrogatorio televisado en el que fue cuestionado ampliamente sobre su opinión acerca de distintos aspectos de la jurisprudencia del Tribunal y sobre su eventual pronunciamiento ante casos similares. Bork no rehuyó las preguntas, defendió su teoría de la interpretación y, sólo formalmente, eludió manifestar cuál sería su posición ante casos concretos. Finalmente, fue rechazado por 42 frente a 58 votos.

La nominación de Bork dio lugar a una abundante literatura jurídica que solicitaba una reforma para evitar los abusos característicos de la comunicación de masas, poco apropiados para la dignidad del proceso. Estas llamadas de atención se intensificaron en 1991, con ocasión de un procedimiento teñido de sensacionalismo en el que el candidato Clarence Thomas, posteriormente confirmado, se enfrentó en sesión abierta ante los medios a una acusación de acoso sexual. Dada la repercusión mediática del proceso, el Senador demócrata Paul Simon, que había participado en los *hearings* como miembro de la Comisión Judicial, sugirió que, en adelante, los cargos penales graves no demostrados contra un candidato habrían de sustanciarse en sesión cerrada o, al menos, habría de dársele al nominado la oportunidad de acogerse a este beneficio<sup>22</sup>. Y es que el «nuevo

18 DAVIS, R., *Electing Justice: Fixing the Supreme Court Nomination Process*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, pág. 65.

19 Vid. por todos VIEIRA, N., y GROSS, L., *Supreme Court Appointments: Judge Bork and the Politization of Senate Confirmations*, Southern Illinois University Press, 1998, en especial la Cuarta Parte: «*Judicial Confirmations in the Post-Bork Era*»; y OWENS, L., *Original Intent and the Struggle for the Supreme Court*, The Edwin Mellen Press, Lewiston, 2005, en especial el Cap. 6: «*The Confirmation Process Post-Bork*».

20 Vid. más ampliamente ABRAHAM, H., *Justices, Presidents and Senators*, cit., pág. 141.

21 Según Bruce Ackerman, «pocos nominados en nuestra historia se comparan con él en la cantidad de sus logros profesionales —como funcionario público, abogado, juez de apelación y académico. Pocos se le comparan en la seriedad de una vida comprometida con las cuestiones fundamentales del Derecho constitucional» [ACKERMAN, B., «*Transformative Appointments*», *Harvard Law Review*, 101 (1988), pág. 1164].

22 SIMON, P., *Advice & Consent*, National Press Books, Washington, 1992, pág. 304.



procedimiento» empezaba a revelar su vulnerabilidad al sensacionalismo. En las dos décadas posteriores, el patrón del interrogatorio político-ideológico televisado ha marcado todos los procesos de confirmación de nominados al Tribunal Supremo. Con ello, la selección de los candidatos ha quedado sujeta a exigencias elevadas de «comunicación política», especialmente cuando se trata de un nombramiento decisivo para la formación de mayorías en el Tribunal. Entre los «nuevos requerimientos», se ha convertido en una exigencia el poseer *un historial poco vulnerable* tanto a la crítica legítima como a la desfiguración propia de la comunicación de masas (1º), una *presentación positiva del candidato*<sup>23</sup> (2º), y una óptima preparación para *librar una buena actuación en los «hearings»* que, aunque tienen lugar *en* el Senado, se sustancian *ante* los medios de comunicación y, en última instancia, ante el público (3º).

Aunque no sea del todo unánime, puede decirse que existe una desazón bastante amplia respecto a la evolución de los *hearings*. David Strauss y Cass Sunstein, por ejemplo, han reconocido las razones que asisten a quienes critican que un proceso convertido en un evento mediático es «desedificante para el público, indigno para el país e inadecuado para producir jueces excepcionales y un Tribunal excepcional»<sup>24</sup>. Las mismas o similares críticas han sido expresadas por autores de diverso signo, que asocian al *carácter mediático* del procedimiento las siguientes disfunciones:

a) En primer lugar, el procedimiento se ha tornado, según algunos, *excesivamente largo*. Con anterioridad a 1967, el lapso medio de tiempo transcurrido entre la recepción de la nominación en el Senado y la votación de confirmación era de diez días. Entre esa fecha y la última nominación, el tiempo medio ha aumentado a 26 días y, desde la década de los noventa, oscila entre uno y tres meses<sup>25</sup>. Todavía lejos, de todas formas, de nuestros retrasos en renovar el Tribunal Constitucional.

b) En segundo lugar, el carácter mediático del proceso favorece *una investigación exhaustiva del nominado que no distingue entre lo público y lo privado*. La estructura del procedimiento mueve a los detractores de un candidato a investigar su vida privada para encontrar alguna extravagancia que genere un cierto revuelo y dificulte su confirmación. Sólo el cuestionario remitido por el Senado al candidato incluye datos como la lista de todas las asociaciones a las que ha pertenecido —incluyendo organizaciones cívicas y caritativas o clubs—, así como el contenido de las conversaciones privadas mantenidas con miembros del ejecutivo durante el proceso de nombramiento. A ello hay que añadir la investigación paralela de familiares, servicio doméstico, expedientes de tráfico, hábitos, historial médico, comentarios hechos en contextos informales, listas de películas alquiladas, etc<sup>26</sup>.

23 Esta *captatio benevolentiae* se lleva a cabo, principalmente, en la presentación del candidato por el Presidente y en la autobiografía del propio candidato ante el *Judiciary Committee*. Sobre la construcción de la imagen del candidato, *vid.* DAVIS, R., *Electing Justice*, cit., págs. 129-156.

24 STRAUSS, D., y SUNSTEIN, C., «The Senate, the Constitution and the Confirmation Process», *Yale Law Journal*, Vol. 101 (1991-1992), pág. 1492.

25 *Vid.* RUTKUS, D.S., y BEARDEN, M., «Supreme Court Nominations, 1789-2010: Actions by the Senate, the Judiciary Committee, and the President», *Congressional Research Service*, Aug. 2010, págs. 12 y ss. (diponible en: [www.crs.gov](http://www.crs.gov)).

26 *Vid. v.gr.* CARTER, S. L., «The Confirmation Mess. Continued», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 62, 1993, pág. 76.



c) En estrecha relación con lo anterior, la publicidad de los *hearings* crea una tensión que, en ocasiones, los actores mantienen *ad nauseam*, sin demasiada justificación. Las comparencias, que duran entre quince (Sotomayor, Kagan) y veinte horas (Roberts, Alito), contienen varios momentos de estéril atasco, en los que los miembros del comité reformulan las preguntas para sonsacar del candidato lo que éste no puede decir y los candidatos insisten en reiterar lo que ya han dicho.

d) Otra crítica habitual al procedimiento es que despierta en la opinión pública una discusión dura, pero poco rigurosa. A favor de tal debate, parece contar el hecho de que los *hearings* incrementan la reflexión pública en torno al candidato. No obstante, el carácter mediático del procedimiento no genera propiamente un diálogo reflexivo, apropiado para la deliberación<sup>27</sup>. Ante la perspectiva de ser sometido a un escrutinio de este tipo, podría suceder un hecho que Sunstein y Strauss consideran no muy lejano a la realidad, a saber, que muchos prestigiosos juristas prefieran mantenerse al margen, sometidos únicamente al estudio y a la crítica de sus pares<sup>28</sup>.

e) Por último, el principal problema es que *se pone en riesgo la independencia y la apariencia de independencia de los candidatos*. La pregunta por asuntos concretos que pueden llegar al Tribunal es una constante entre los senadores de uno y otro signo. Se trata de una injerencia que los candidatos intentan esquivar, conscientes, por una parte, de la politización que se produciría de dar opiniones excesivamente concretas y, por otra, de la inconveniencia misma de hacer manifestaciones sobre eventuales opiniones futuras<sup>29</sup>.

Señalados los problemas que ha planteado la evolución de los *hearings* en Estados Unidos, es obligado hacer una referencia al artículo 16.2 de nuestra LOTC, introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Conforme a este precepto, «los candidatos propuestos por el Congreso y por el Senado deberán comparecer previamente ante las correspondientes Comisiones en los términos que dispongan los respectivos Reglamentos». Con dos sesiones hasta el momento, sustanciadas respectivamente ante la Comisión de Nombramientos del Senado y del Congreso, cabe afirmar que nuestras comparencias se hallan lejos de adoptar el cariz de los *hearings* —algo que, desde mi punto de vista, puede considerarse positivo. En la designación más reciente de candidatos por parte del Congreso, algunos diputados hicieron preguntas algo incisivas sobre cuestiones de relevancia ética y política, aunque la falta de impacto mediático del trámite y el acuerdo previo de los partidos evitaron una verdadera confrontación. Y en

27 Vid. CARTER, S.L., «A Devilish Look to the Confirmation Process», *Drake Law Review*, vol. 50, 2001-2002, págs. 371-372. Viene al caso recordar las palabras de Madison: «es sólo la razón del público, y no la pasión, la que debe controlar y regular el gobierno» (MADISON, J., *The Federalist Papers*, § 49, cit., pág. 248).

28 STRAUSS, D., y SUNSTEIN, C., «The Senate, the Constitution and the Confirmation Process», cit., págs. 1491-1492.

29 Valga como ilustración la paradoja que encierra la siguiente anécdota: durante los procesos de confirmación de Ruth Bader Ginsburg y de David Souter, el senador republicano Orrin Hatch trató de hacerles responder a preguntas concretas relacionadas con su opinión jurídica acerca de la pena de muerte, actitud que fue inmediatamente advertida y censurada por el senador demócrata Joseph Biden. Durante la confirmación de Roberts, sin embargo, fue el senador Hatch quien protestó ante el intento de Biden de que el candidato se pronunciase sobre cuestiones concretas relacionadas con el aborto (Vid. WITTES, B., *Confirmation Wars*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2006, págs. 79 y ss.).

cuanto a la comparecencia de candidatos ante la correspondiente Comisión del Senado, en julio de 2010, el elevado número de candidatos propuestos por las asambleas autonómicas propició que las intervenciones de los senadores fuesen muy breves<sup>30</sup>. A la vista de las dos experiencias, es lógico que el sistema haya suscitado algunas críticas por su dudosa eficacia como mecanismo de control<sup>31</sup>. Ante la perspectiva de una aproximación al modelo de Estados Unidos no podemos olvidar, sin embargo, tanto las lejanas advertencias de Frankfurter como la insatisfacción que allí han mostrado muchos prestigiosos juristas —Freund, Carter, Sunstein, Strauss, Ackerman, etc. El riesgo que hay que tener presente es, valga la insistencia, el del tránsito hacia mecanismos propios de una democracia plebiscitaria<sup>32</sup>.

## IV. EL MODELO DE CONSENSO

### IV.1 VENTAJAS E INCONVENIENTES

A diferencia del modelo de contraposición, el sistema de nombramiento predominante en Europa y en nuestro país, basado en el consenso, posee importantes ventajas en términos de *distensión política*. Tiene gran interés advertir que algunos de los principales autores que se han lamentado por la degradación de los *hearings*, han propuesto como alternativa, precisamente, el tránsito hacia un modelo de consenso. Éste pasaría, en Estados Unidos, por introducir el «consejo» (*advice*) del Senado en el proceso de nominación. Entre los defensores de esta última sugerencia se encuentran reconocidos constitucionalistas como Tribe o Sunstein, que buscan apoyo tanto en el propio texto constitucional como en el juicio de algunos *Founding Fathers*, señaladamente el de George Mason<sup>33</sup>. Pese a lo razonable que resulta la propuesta, su implementación resulta difícil en Estados Unidos dado que, tanto las fuentes históricas como el propio texto

30 Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Año 2012, Comisiones-Núm. 144, 9 julio 2012; y *Diario de Sesiones del Senado*, IX Legislatura, Año 2010, Comisiones-Núm. 392, 15 julio 2010.

31 Vid., por ejemplo, las intervenciones de la diputada Rosa Díez en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Año 2012, Comisiones-Núm. 144, 9 julio 2012, págs. 3-5. A favor del interrogatorio al estilo americano, vid. v.gr. GARCÍA ROCA, J., «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *cit.*, pág. 5, que al mismo tiempo sostiene, a mi parecer un tanto paradójicamente, que «los Magistrados deberían ser extremadamente prudentes en sus conferencias y desde luego no realizar publicaciones sobre asuntos conectados con litigios *sub iudice*» (pág. 19).

32 «Para el académico que cree en la posibilidad de una teoría constitucional —ha dicho con acierto Carter— el fracaso del proceso de nominación y confirmación en una batalla sobre resultados concretos lleva consigo un potencial desastroso» (CARTER, S.L., «The Confirmation Mess», *Harvard Law Review*, vol. 101, 1987-1988, pág. 1193).

33 Según Mason, «las palabras de la Constitución (...) dan al Senado el poder de interferir en todas las fases del asunto, salvo el derecho a proponer... La palabra “*advice*” se refiere claramente al juicio del Senado acerca de la conveniencia o inconveniencia de una medida o nombramiento, y la palabra “*consent*” a su aprobación o desaprobación de la persona propuesta; de otro modo, la palabra “*advice*” carecería de significado, y es una regla de la interpretación bien conocida que ninguna cláusula susceptible de tener un significado racional y apropiado ha de ser considerada como superflua» («Carta de George Mason a James Monroe, de 30 de enero de 1792», en *The Papers of George Mason*, vol. 3, William T. Hutchinson & William M. E. Rachal, 1970, pág. 1255).

constitucional, parecen optar con claridad por un modelo de contraposición. En efecto, los principales artífices de la Constitución se pronunciaron a favor de la discrecionalidad de la decisión presidencial<sup>34</sup>. Y en cuanto al texto, el artículo II de la Constitución separó el acto de «nominación» o «propuesta» (*nomination*) del acto de «nombramiento» (*appointment*), de suerte que sólo en este último atribuye un papel al Senado: «...he {The President} shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint...». En la autorizada interpretación de Hamilton, «sera el presidente quien *propondrá*, y con el consejo y el consentimiento del Senado *nombrará*»<sup>35</sup>.

Afortunadamente, estas dificultades —que en gran medida explican la aparición de los *hearings* y la progresiva elevación de la tensión en el Senado— no se presentan allí donde la Constitución ha definido un modelo de consenso. Es el caso de nuestro país donde, junto con un tercio de magistrados propuestos por el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial, los otros dos tercios pertenecen a las Cámaras. Este mecanismo pretende hacer partícipes de la composición del Alto Tribunal a los tres poderes, lo que ha de contribuir a dignificar la Corte y a dotarle del carácter integrador e independiente de *pouvoir neutre*<sup>36</sup>. Sin perjuicio de esta inclusión de los distintos poderes en el nombramiento, el artículo 159 confiere un claro *predominio a la elección parlamentaria* por mayorías cualificadas, una opción cuyo fundamento ha sido objeto de discusiones. Aunque el Tribunal Constitucional no es —como subraya Fernández Segado— un órgano político representativo<sup>37</sup>, la incidencia política de su función jurisdiccional aconseja dotarle de una *especial legitimación democrática*, y a ello obedece este predominio parlamentario.

Aun cuando los candidatos fueren elegidos con menor consenso, el sistema de mayorías parlamentarias permite garantizar simultáneamente su especial legitimación democrática y asegurar su renovación equilibrada. Se trata de un procedimiento, además, que disminuye el enfrentamiento, y reduce por tanto la conveniencia de las comparecencias. Ello se debe a que evita los males que supone el partidismo asociado a la iniciativa presidencial. Como hemos visto, es normal que los presidentes norteamericanos elijan candidatos a la medida de su proyecto político, lo que a su vez produce enormes tensiones en el Senado.

Hechas las indicaciones precedentes, hay que reconocer que, si el modelo de contraposición ha derivado en las mencionadas *confirmation wars* y en una cierta degradación del procedimiento, nuestro modelo de consenso ha producido otro tipo de crisis, a saber, *el retraso de varios años en la renovación* —además de la *lotización* o distribución de cuotas para conseguir la mayoría requerida. Aunque es sumamente beneficioso, el consenso depende enteramente de la propia disposición de los partidos para alcanzar un acuerdo, y la ausencia del mismo dilata inevitablemente el proceso.

34 Vid. la crítica de MCGINNIS, J.O., «The President, the Senate, the Constitution, and the Confirmation Process», *Texas Law Review*, vol. 71, págs. 633 y ss.

35 *The Federalist Papers*, § 66, cit., pág. 325 (cursiva en el original).

36 Sobre la gestión de este sistema de nombramientos, *vid.* ALZAGA, Ó., «La composición del Tribunal Constitucional Español», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2010, págs. 8-9. Sobre su significado, *vid.* también GARCÍA PELAYO, M., «El status del Tribunal Constitucional», en *Obras Completas*, vol. III, CEPC, 2.ª ed., Madrid, 2009, págs. 2910-2912.

37 FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Art. 159. La composición del Tribunal Constitucional», en ALZAGA, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, CCGG/Edersa, Madrid, 1999, págs. 84-85.

No se puede afirmar con seguridad que el sistema norteamericano esté libre de este peligro, dado que el filibusterismo siempre puede producir el bloqueo del pronunciamiento del Senado salvo que tres quintos de la Cámara ordenen que el debate concluya y se dé paso a la votación<sup>38</sup>. En la historia norteamericana, de todos modos, el filibusterismo sólo ha producido graves retrasos en nombramientos de jueces federales de escalas inferiores. Ante la perspectiva del bloqueo a un juez del Tribunal Supremo, el presidente opta sencillamente por cambiar de candidato. Esta suerte de capitulación de los presidentes norteamericanos allí donde no ven esperanzas de confirmación pone de manifiesto la presión que históricamente ha supuesto la hostilidad del Senado, un rasgo que no es inherente a cualquier modelo de contraposición. En la República Checa, por ejemplo, la renovación del Tribunal Constitucional quedó paralizada entre 2003 y 2005 porque las propuestas del Presidente del Gobierno eran sistemáticamente rechazadas por el Parlamento —lo cual produjo, a su vez, una interrupción del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes entre el verano de 2003 y el otoño de 2004<sup>39</sup>. El retraso, en definitiva, deriva no tanto de la opción por un modelo *de contraposición* de órganos o *de consenso parlamentario*, cuanto de la exigencia, en ambos casos, de que la decisión se adopte con la concurrencia de voluntades distintas y normalmente opuestas.

Es importante insistir, pues, en que el modelo norteamericano de contraposición no supone propiamente un paliativo para el problema de los retrasos. Las soluciones han de buscarse, en su caso, en *otros modelos del Derecho comparado* que han arbitrado mecanismos para evitar que el bloqueo llegue a producirse. En Alemania, por ejemplo, el procedimiento se encuentra claramente orientado a lograr un amplio consenso. Los jueces que componen cada Sala son elegidos por mitades, respectivamente, por dos tercios del *Bundesrat* y del *Bundestag* (*cf.* arts. 94.1 LFB y 2.1, 2.2, 6.5 y 7 LTCF). En este último órgano, los jueces son designados por sufragio indirecto, previa constitución de una comisión intraparlamentaria de doce miembros que refleja la composición política del pleno y se halla sometida a riguroso secreto en su deliberación<sup>40</sup>. Con el fin de facilitar la elección de los magistrados, los grupos parlamentarios, el Gobierno federal y los gobiernos de los *Länder* facilitan al Ministerio de Justicia listas de candidatos que cumplen los requisitos, las cuales son a su vez remitidas a los presidentes de las cámaras una semana antes de la elección. Para desbloquear la elección y mover al consenso, cuando transcurren dos meses desde la expiración del mandato de un magistrado o su dimisión anticipada y no se ha alcanzado un acuerdo para nombrar a su sucesor, los órganos encargados de la elección han de solicitar el consejo del Tribunal Constitucional Federal. Éste sugerirá, por mayoría simple, tres nombres idóneos para la plaza que ha de cubrirse

38 *Vid.* más ampliamente FISK, C., y CHERMERINSKY, E., «Filibusterism», *Stanford Law Review*, vol. 49 (1996-1997), págs. 181 y ss.

39 *Vid.* al respecto LACH, K., y SADURSKI, W., «Constitutional Courts of Central and Eastern Europe», *Journal of Comparative Law*, vol. 3:2, 2008, pág. 223.

40 Para seleccionar a los miembros de esta comisión, cada grupo propone una lista de candidatos y, a continuación, los diputados votan una de las propuestas. La composición de la comisión se determina escrutando los resultados mediante la regla d'Hondt (*vid.* arts. 6.1 y 6.2 Ley TCF alemán). Conviene subrayar que, recientemente, el Tribunal Constitucional Federal ha confirmado la constitucionalidad de esta elección indirecta, no prevista expresamente en la Constitución [*cf.* art. 94.1 LFB; y la STCF de 19 de junio de 2012 (2 BvC 2/10)].

y, si son varias las vacantes pendientes, propondrá el doble de candidatos que de plazas a cubrir. No obstante, dado que la sugerencia del Tribunal Constitucional carece de valor vinculante, persiste la necesidad de buscar el consenso (*cfr.* art. 7a LTCF).

Un caso en el que no se presenta el problema del bloqueo de las renovaciones es el de Grecia, donde los miembros del Tribunal Supremo Especial —encargado de la jurisdicción constitucional— ostentan el cargo *ex officio* o son elegidos por sorteo entre los miembros del Consejo de Estado —suprema instancia contencioso-administrativa— y la Corte de Casación —suprema instancia civil y penal— (art. 100.2 C. griega). Escasas dificultades se suscitan igualmente en Polonia, donde los jueces constitucionales son nombrados por la Cámara Baja (*Sejm*) con el voto favorable de la mayoría de miembros presentes (art. 194 C. polaca y art. 5.4 Ley TC). Conviene añadir que, en este país, se combinan las renovaciones individuales y múltiples dado que, aunque los magistrados son nombrados por nueve años, las vacantes anticipadas se cubren mediante jueces con idéntico mandato. Con estas reglas, puede decirse que el procedimiento polaco dota de un excesivo control a la mayoría parlamentaria de turno —que cubre todas las vacantes—, y es capaz de producir desequilibrios debidos al azar<sup>41</sup>.

#### IV.2 LA MITIGACIÓN DE LAS EXIGENCIAS DE CONSENSO Y EL PROBLEMA DE LAS CUOTAS

Desde mi punto de vista, *los tres casos señalados nos ofrecen alguna lección*. De un lado, el sistema alemán de listas y la eventual intervención del Tribunal Constitucional en el proceso es un mecanismo razonable, siempre que se tenga en cuenta que no fuerza automáticamente la decisión, sino que sólo *favorece el consenso*. Normativamente, las dificultades derivadas de la necesidad de un consenso sólo pueden solventarse, en definitiva, disponiendo un nombramiento *ipso iure*, como sucede en Grecia, o disponiendo un nombramiento mediante *una decisión menos consensuada*, como sucede en Polonia. El nombramiento *ipso iure* traslada la tensión política a la selección de aquellos órganos de los que proceden los jueces elegidos por ministerio legal aunque, si se introduce el azar como en Grecia, la tensión se reduce. No puede olvidarse, sin embargo, que esta distensión deriva del hecho de taparse los ojos y abandonar el nombramiento a la suerte, lo cual no está libre de reparos. A mi juicio, el modelo más apropiado para resolver la falta de consenso en plazo reside no en un cambio en el órgano de elección sino, más sencillamente, en la simple resignación a una decisión con menor consenso. Con o sin mayorías cualificadas, en un régimen parlamentario, el Parlamento es, tras el colegio electoral, el órgano con mayor legitimación democrática<sup>42</sup>.

41 *Vid.* al respecto SADURSKY, W., *Rights Before the Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, Viena, 2005, pág. 16.

42 Por estos motivos, la modificación del sistema de mayorías parece preferible, a mi juicio, que el traslado eventual de la facultad de nombramiento al Pleno del Tribunal Constitucional (*vid.* dicha propuesta en ESTRADA MARTÍN, J.A., «El retraso en la designación parlamentaria de Magistrados constitucionales. Esbozo de una propuesta de solución», *Estudios de Deusto*, 59/2, 2011, págs. 90 y ss.).

Ya a principios de los ochenta, algunas voces en la doctrina criticaron la férrea exigencia constitucional de consenso. Autores como Santaolalla López sugirieron, incluso, que la elección «se verificase por mayoría simple, que es lo que corresponde a un sistema democrático, de mayorías y minorías, y lo que asegura en todo caso la verificación de la elección». Este juicio, aun yendo tal vez demasiado lejos, descansa sobre una premisa no tan aventurada, a saber, que «el consenso en torno a la persona de los magistrados debería producirse por el propio convencimiento de ser una exigencia de la naturaleza de estos cargos y no por imperativo legal, cuyas consecuencias ya quedan advertidas»<sup>43</sup>. Y es que, valga la insistencia, *el imperativo legal no puede por sí mismo producir el consenso*.

¿Cómo resolver, entonces, el bloqueo que suscita el *déficit* de consenso? ¿Tiene sentido mantener el imperativo legal allí donde ha fracasado la voluntad de entendimiento entre los actores? Desde mi punto de vista, apurados los intentos de consenso hasta donde resulte razonable —esto es, llegado un punto en que el colapso por falta de consenso empiece a ser inaceptable, *v.gr.* a los seis meses de producirse las vacantes—, las exigencias de consenso deberían relajarse —lo que no significa, de todos modos, que el acuerdo hubiera de ser adoptado, como en Polonia, por mayoría simple. Probablemente sería más apropiado que, llegado ese momento, los grupos propusiesen una lista de candidatos igual al número de vacantes a cubrir y, posteriormente, cada diputado emitiese un solo voto. Resultarían elegidos, por orden, aquellos candidatos que hubiesen obtenido mayor número de sufragios. Entre las razones para propugnar este sistema se encuentran, a mi juicio, las siguientes:

a) En primer lugar, y valga la insistencia, el mantenimiento de la decisión en el órgano con mayor representatividad y legitimación popular constituye, como se ha señalado, la principal razón de principio. Estamos, pues, ante una *solución democrática*.

b) Se trata de un sistema que resuelve efectivamente la crisis que resulta de la falta de consenso, puesto que produce una decisión fácilmente. Dado que el bloqueo en la renovación beneficia a quienes se identifican con el *statu quo*, es preciso arbitrar un sistema que evite la situación injusta en que puede derivar la capacidad de veto de la minoría. Ésta es, a mi modo de ver, una *solución eficaz*.

c) En un sistema de renovaciones parciales múltiples, el sistema propuesto *distribuye equitativamente* el número de magistrados elegidos. Frente al sistema polaco, que parece otorgar un excesivo peso a la mayoría de turno, el método de renovación indicado favorece una influencia equilibrada por parte de quienes están llamados a intervenir en la elección.

Este último aspecto —la *distribución equitativa* de los nombramientos— merece una reflexión particularmente detenida. Y es que la mera idea de una «distribución» evoca el problema de las cuotas, que ha sido objeto de bastantes críticas. Se ha denunciado, por ejemplo, que el reparto de cuotas sugiere la conversión del Tribunal en un

<sup>43</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario español*, Editora Nacional, Madrid, 1984, págs. 366-367.



órgano político-representativo<sup>44</sup>. A mi juicio, un uso razonable de las cuotas no es más que un corolario de las ineludibles «exigencias de la proporcionalidad» que acompañan a la elección por parte de la Asamblea parlamentaria<sup>45</sup> —cuotas también presentes, por cierto, cuando se exigen mayorías cualificadas<sup>46</sup>. Se trata hasta cierto punto de una consecuencia lógica del origen político de las designaciones, el cual «lejos de ser una tara», como ha dicho Favoreu, «constituye, por el contrario, un elemento necesario del sistema»<sup>47</sup>. Toda vez que se ha asumido la conveniencia de la elección parlamentaria, «nada más razonable que el peso de la propuesta recaiga en aproximada proporción sobre los Grupos Parlamentarios de mayor presencia en la Cámara respectiva»<sup>48</sup>. Es cierto que la *lotización* arroja un resultado peor que el *consenso*, y que el nombramiento de los primeros magistrados constitucionales fue un ejemplo digno de ser seguido. El profesor Alzaga ha insistido recientemente en esta ruptura de la concordia constituyente, aunque ha advertido igualmente que el reparto de cuotas es habitual en el Derecho comparado —en particular, en Italia y en Alemania— y, lo que es especialmente relevante, que el problema más acuciante que han presentado nuestras renovaciones —a diferencia de las alemanas e italianas— ha sido el de «los espectáculos de bloqueo de las renovaciones y largos períodos de prórroga»<sup>49</sup>.

Más incisiva parece la crítica que apunta a la falta de participación de los partidos regionales, un defecto que la reforma del artículo 16.1 LOTC no ha corregido con efectividad<sup>50</sup>. Ello no empece, de todas formas que, ante una situación de falta de acuerdo, la reducción de las mayorías requeridas sería preferible a la alternativa de mantener el *statu quo*.

d) A los argumentos señalados hay que añadir que, por paradójico que parezca, *el sistema sugerido incentiva el acuerdo* por dos razones:

1.º Principalmente, porque *desaparecen los potenciales beneficiarios del statu quo*. Es razonable sostener, en este sentido, que sabiendo que la mayoría cualificada sólo va a ser requisito para la adopción del acuerdo en los primeros meses tras el vencimiento del

44 *Vid.* por todos FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Art. 159. La composición del Tribunal Constitucional», *cit.*, pág. 93.

45 Sobre la conveniencia de mantener una «sensibilidad a las exigencias de la proporcionalidad», *vid.* RUBIO LLORENTE, F., «Jurisdicción constitucional y legislación en España», en *La forma del poder*, CEPC, 2.ª edición, Madrid, 1997, pág. 413.

46 *Vid.* FERNÁNDEZ SEGADO, F., *cit.*, pág. 94.

47 FAVOREU, L., «Le contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1984, pág. 1190.

48 Y al contrario, «afirmar que todo lo que no sea una propuesta suscrita de forma conjunta por todos los Grupos Parlamentarios corre riesgos de politización es a la vez infundado y poco realista» [ESPÍN TEMPLADO, E., «Artículo 16», en REQUEJO PAGÉS, J.L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC y BOE, Madrid, 2001, pág. 298].

49 *Vid.* ALZAGA, Ó., *El consenso (del proceso constituyente a las prácticas constitucionales)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2010, pág. 74.

50 Sobre esta cuestión, *vid.* más ampliamente URÍAS, J., «El Tribunal Constitucional ante la participación autonómica en el nombramiento de sus miembros», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 10, 2010, págs. 207 y ss.



mandato de los magistrados cesantes, ningún actor tendrá un interés político de peso para bloquear los nuevos nombramientos.

2.º En segundo lugar, someter a un plazo la exigencia de mayoría cualificada hace que el consenso se negocie en condiciones transparentes y equitativas. En condiciones *transparentes*, debido a que los participantes conocen tanto los plazos para el consenso como las consecuencias de no lograrlo. En condiciones *equitativas*, porque el procedimiento distribuye las cargas y beneficios del consenso entre todos los participantes en la decisión. Pudiendo prever el número de candidatos que van a resultar elegidos de entre sus propuestas y de entre las de sus oponentes, cada partido negocia en una posición justa la consecución de la mayoría cualificada. Si ésta fracasa, cada partido es consciente del rédito político que puede obtener nombrando unilateralmente algunos candidatos, pero sabe también que su contraparte podrá obtener una ventaja similar. En este sistema, pues, *el consenso otorga ventajas y exige sacrificios estrictamente proporcionados a los participantes llamados a alcanzarlo*.

## V. LAS CUALIDADES DEL CANDIDATO

Después de apartarnos del modelo norteamericano para considerar el problema de la falta de consenso, es oportuno retornar a aquel país para hacer algunas reflexiones sobre las cualidades con que el candidato propuesto ha de estar revestido. En Estados Unidos, en efecto, el debate sobre las virtudes objetivas que deben distinguir a los jueces del Tribunal Supremo ha sido objeto de numerosas reflexiones, lo mismo que el papel que puede y debe jugar la ideología de los candidatos.

1. Desde el nombramiento de Brennan en 1956, la *American Bar Association* (ABA) ha desempeñado un papel consultivo fundamental en la selección de jueces, incluidos los del Tribunal Supremo. Esta Asociación, integrada por 400.000 profesionales, cuenta con una comisión reducida en la que se hallan representadas las distintas subdivisiones (*circuits*) de la judicatura federal. Compuesta por quince miembros, la Comisión Permanente para el Poder Judicial Federal (*Standing Committee on Federal Judiciary*) investiga y evalúa a los candidatos propuestos por el Presidente. En el caso de potenciales *Justices* del Tribunal Supremo, la ABA les otorga actualmente una de las siguientes tres notas: «bien cualificado» (*well qualified*); «cualificado» (*qualified*); o «no cualificado» (*not qualified*).

Sin perjuicio de su fluctuante relación con los presidentes, la calificación de la ABA ha sido, en general, reconocida. Lógicamente, nunca ha podido escapar del todo a la polémica, dado que no existe un criterio objetivo definitivo para acceder al Tribunal Supremo. El que haya conservado su prestigio se debe en parte, sin embargo, a sus esfuerzos por aparcar las consideraciones ideológicas, algo que, en general, puede decirse que ha logrado<sup>51</sup>. De acuerdo con sus principios de gobierno, la Comisión evaluará las

51 Así, de los nueve jueces que actualmente componen el Tribunal, más allá de las diferencias ideológicas entre unos y otros, ocho han recibido la máxima calificación (*well qualified*) por unanimidad (Kagan, Sotomayor, Alito, Roberts, Breyer, Ginsburg, Kennedy y Scalia), y únicamente Thomas, en 1991, recibió

cualificaciones profesionales de los nominados «sobre la base de criterios de evaluación objetivos y predeterminados», a saber, la *competencia profesional* (1); el *carácter o temperamento judicial* (2); y la *integridad personal* (3)<sup>52</sup>. En los tres casos, nos encontramos ante requisitos que no son puramente técnicos, sino «humanos» en un sentido más amplio y discernibles, principalmente, atendiendo a la *auctoritas* del candidato ante la comunidad, principalmente a su reconocimiento entre los juristas. Es evidente que ninguno de estos tres requisitos —como tampoco la «reconocida competencia» a la que se refiere el artículo 159.2 CE— puede medirse estrictamente, lo que no quiere decir que sean parámetros subjetivos<sup>53</sup>. La *auctoritas* que, sumados, proporcionan una vida íntegra (1), un temperamento independiente y discreto (2), y una excelente cualificación en el campo del Derecho (3) puede reconocerse objetivamente. Siendo criterios objetivos, no parece del todo inapropiada la evaluación, con carácter consultivo, de un órgano representativo del mundo del Derecho. Es difícil aventurar, de todos modos, hasta qué punto sería factible asumir un sistema así, dado que la tradición pesa mucho a la hora de reconocer un órgano apropiado para desempeñar una función de estas características. En cualquier caso, entiendo que la intervención de una *auctoritas* separada de la *potestas* puede beneficiar, en principio, al procedimiento.

2. El principal debate en torno al candidato estriba en un cuarto aspecto, ajeno a la valoración de la ABA, que se ha hallado en el centro de las disputas en torno a la confirmación: ¿hasta qué punto debería contar la ideología? Algunos autores se han opuesto frontalmente al escrutinio ideológico de los candidatos por parte de la Cámara. Se trata de una objeción un tanto pueril dado que, asumido que las principales decisiones que adoptan los jueces del Tribunal Supremo dependen en buena medida de sus convicciones éticas, no es de esperar que la ideología deje de jugar un papel en el proceso de confirmación. «Dado que un Presidente políticamente sensible propone a los jueces y un Senado políticamente sensible debe aprobar las nominaciones, no es tarea fácil sostener —atinadamente se ha dicho— que el proceso de selección fue designado para ser, o puede hacerse que sea en la práctica, enteramente distinto de la política»<sup>54</sup>. Con esta premisa, conviene hacer las siguientes observaciones acerca de las legítimas pretensiones ideológicas en torno a los candidatos:

a) En primer lugar, la atención a la ideología, al igual que la probidad moral del candidato, sólo se convierte en un arma peligrosa cuando concurren circunstancias que dan pábulo a la *desfiguración pública*. Así como las naturales exigencias de *probidad moral* se pervierten mediante una investigación de la vida privada hecha sin buena fe, toda demanda ideológica se pervierte cuando se investigan las *opiniones* del

doce votos neutros (*qualified*), una abstención y un voto negativo (*not qualified*). El archipolémico caso Bork arrojó, sin embargo, un curioso resultado: diez «*well qualified*», un «*not opposed*» y cuatro «*not qualified*». Vid. ABRAHAM, H., *Justices, Presidents and Senators*, cit., págs. 27 y ss.

52 *Governing Principles of the Standing Committee of the Federal Judiciary* (Adopted by ABA Board of Governors; Revised: February 2007), en *ABA Standing Committee on the Federal Judiciary: What it is and How it Works*, ABA, 2009, pág. 12 (la cursiva es mía).

53 Me remito a las acertadas reflexiones de A. FERNÁNDEZ-MIRANDA a este propósito en la citada encuesta de *Teoría y Realidad Constitucional*, págs. 53 y ss.

54 CARTER, S., «The Confirmation Mess», cit., pág. 1190.

candidato para, sin buena fe, transformar cualquier juicio matizado en un aserto que colapse, más que favorezca, la razón pública. Esto sucede con más frecuencia cuando la «mediatización» del procedimiento premia este género de investigaciones con la inhabilitación *ipso facto* —derivada del volumen e intensidad del rumor más que de su sustancia— de un candidato. El problema no deriva tanto aquí, empero, del escrutinio ideológico cuanto de la naturaleza mediática del proceso, algo a lo que ya nos hemos referido en páginas anteriores. Una valoración ponderada por parte de los actores legitimados de, entre otros factores, *la ideología de los candidatos, forma parte de la naturaleza política del proceso*. En su contexto adecuado y ausente la distorsión, el carácter político del nombramiento da por supuesta la atención de los participantes a la ideología de los candidatos.

b) Un problema relacionado con el de la legitimidad de la atención a la ideología, aunque no enteramente coincidente, es el de la posibilidad —atribuida por el propio sistema de nombramientos— de *vetar* el nombramiento de candidatos por razones ideológicas. Es cierto que no existe propiamente un *derecho individual* a acceder al Tribunal, aunque el principio de igualdad y la libertad ideológica y religiosa pueden hacer reprochable un descarte de este tipo. De otro lado, no pueden desconocerse los riesgos que, desde la perspectiva de la *legitimidad democrática*, entraña el veto ideológico. Se trata de una facultad que, a mi juicio, plantea problemas principalmente cuando los candidatos vetados han sido presentados por quien había sido investido de potestad democráticamente. Con esta premisa, cabe hacer al respecto las siguientes apreciaciones:

i) En primer lugar, el *veto* de candidatos basado exclusivamente en su posición ideológica en un asunto es no sólo legítimo, sino que constituye una auténtica exigencia ética, cuando tal posición ideológica supone una objeción seria a la *integridad moral* (1º), a la *competencia profesional* (2º) o al *temperamento judicial* (3º) del candidato, requisitos imprescindibles para la defensa de la Constitución. Así, por ejemplo, un candidato que favoreciese la segregación racial o que despreciase a las víctimas del terrorismo se hallaría falto de la probidad moral necesaria, y un candidato que se opusiese a la Constitución misma carecería, obviamente, del temperamento judicial necesario para ejercer la jurisdicción constitucional —y, acaso también, de la competencia profesional exigible. Son precisamente, pues, los criterios valorados independientemente por la ABA en Estados Unidos los únicos que deben permanecer al margen de toda negociación.

ii) Más allá de este ámbito, la posibilidad de un *veto* de candidatos respaldados por la mayoría en cuestiones objeto de discusión política normal plantea al menos tres problemas de naturaleza *política, social e institucional*. Dichas objeciones son las siguientes:

1.º Desde el *punto de vista político*, la capacidad de hacer efectivo este veto tiende a obturar, valga la redundancia, los canales del cambio político<sup>55</sup>, petrificando el *statu quo*

55 Tomo la expresión del trabajo, ya clásico, de ELY, J.H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, pág. 105. Sobre los conflictos entre el Tribunal Constitucional y el legislador, y sobre las invitaciones del legislador al cambio jurisprudencial, especialmente en un contexto de constituciones rígidas, *vid.* FERRERES COMELLA, V., «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática», en VV.AA., *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2011, págs. 24 y ss.

creado por una doctrina disputada del Tribunal por encima de la mayoría democráticamente elegida. La concepción de quienes participan de tal doctrina resultaría privilegiada en exceso (*beati possidentes*), puesto que podría imponerse al influjo democrático en el Tribunal de una mayoría eventualmente vetada. En su excelente monografía sobre las relaciones entre Justicia constitucional y democracia, Ferreres Comella se ha planteado el problema democrático que esto supone, precisamente, en relación con el requerimiento de supermayorías parlamentarias. En el caso de los tres quintos exigidos para nombrar a los magistrados constitucionales, el profesor Ferreres ha negado, sin embargo, que se presente dificultad alguna dado que, transcurridos los nueve años del mandato, la regla sería el cese y no el mantenimiento del *statu quo*<sup>56</sup>. No obstante, la *praxis* de los últimos años —confirmada por la legalización de la *prorrogatio*— ha desmentido este juicio, de modo que el *statu quo* se mantiene hasta la elección de nuevos miembros. El riesgo aparentemente inocuo ha venido a realizarse, validando con ello la objeción planteada —y descartada— por el propio Ferreres: la opinión minoritaria que prefiere mantener el *statu quo* frente al cambio prevalece frente a la opinión de la mayoría que apoya una nueva decisión<sup>57</sup>.

2.º Desde el punto de vista *social*, la normalización del veto ideológico dificulta la reflexión de la sociedad en torno a los postulados discutibles asumidos por el Alto Tribunal. Introduce, en definitiva, una especie de tutela que dificulta la capacidad crítica.

3.º En estrecha conexión con las dos objeciones indicadas, el veto puede deteriorar la calidad de *la institución*, dado que, debido a los temores que suscita entre los actores que participan en el nombramiento, favorece candidatos sin opinión conocida en relación con las cuestiones objeto de controversia, con menor experiencia en la discusión pública<sup>58</sup>.

La entidad de estas tres objeciones —y de modo especial la primera— corre pareja con el enorme poder del Tribunal Constitucional para sustraer cuestiones del ámbito de decisión democrática. Los casos en que el veto es aconsejable —falta de *integridad moral*, de *temperamento judicial* o de *competencia profesional*— han de ser identificados fácilmente por el cuerpo político, y no justifican una facultad general de veto. La intervención en el procedimiento de un organismo independiente dotado de *auctoritas* y carente de facultades decisorias sería más apropiada para calificar objetivamente a los candidatos. Conviene reiterar, pues, las consideraciones efectuadas sobre el modelo de mayorías cualificadas, debido a los incentivos que el veto encuentra bajo tales condiciones. *La inexistencia de mecanismos para rebajar las exigencias del consenso ante la falta de decisión podría tener, paradójicamente, consecuencias antidemocráticas.*

56 FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, cit., págs. 251-252. Se trata de un problema planteado en nuestro país, con relación a la ley orgánica, por DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1998 (reimpr. ed. 1987), págs. 115-116. La idea fue expresada por Kelsen en su obra clásica sobre la democracia, donde señaló que una mayoría cualificada «permite que una minoría determine la voluntad estatal —al impedir su modificación— en contra de una mayoría» [KELSEN, H., *Wom Wesen und Wert der Demokratie*, Scientia Verlag, 1963 (reimpr. ed. 1929), pág. 10].

57 Cfr. FERRERES COMELLA, V., cit., pág. 250.

58 FARIA, J., y MARKEY, D., «Supreme Court Appointments after Thomas Nomination: Reforming the Confirmation Process», *St. John's Journal of Legal Commentary*, vol. 7, 1991, págs. 404-405.

## VI. LA DURACIÓN DEL MANDATO

La principal garantía de la independencia de los jueces del Tribunal Supremo norteamericano es, seguramente, su permanencia de por vida en el cargo. Alexander Hamilton llegó a sostener que «esta cualidad puede considerarse justamente como el ingrediente indispensable en su constitución; y, en gran medida, el baluarte de la justicia y la seguridad pública»<sup>59</sup>. La independencia que proporciona el cargo vitalicio tiene una doble manifestación:

a) Ante todo, *relaja los lazos afectivos* que acaso unían al candidato con el titular del órgano responsable de su nombramiento, y termina de disolverlos con la renovación de aquel cargo. Fue precisamente Harry Truman, el presidente más inclinado a promover a la Corte a personas de toda confianza, quien declaró que «en el momento en que pones a alguien en el Tribunal Supremo deja de ser tu amigo»<sup>60</sup>.

b) Hay todavía otro refuerzo de la independencia que proporciona el carácter vitalicio de los cargos, a saber, la *impredecibilidad* de los asuntos que, en un futuro lejano, llegarán al Tribunal. Alexander Bickel resumió este hecho con un acertado símil: «cuando nombras a un juez, lanzas una flecha hacia un futuro muy distante. Y ni si quiera el propio nominado puede decirte lo que en su momento pensará sobre algunos de los problemas a los que habrá de enfrentarse»<sup>61</sup>.

En línea de principio, la independencia asociada a la permanencia en el cargo «*during good behavior*» parece cargada de lógica. En aparente contradicción, Laurence Tribe ha criticado lo que califica como «el mito del Presidente sorprendido»<sup>62</sup>. Sus ejemplos, sin embargo, únicamente tratan de mostrar la atención que los presidentes prestan habitualmente a la ideología de los candidatos. Con todo, un prestigioso historiador como Charles Warren afirmó hace casi un siglo que «nada es más llamativo en la historia del Tribunal que el modo en que son defraudadas las esperanzas de aquellos que aguardaban que un juez seguiría los puntos de vista políticos del presidente que lo nombró»<sup>63</sup>. Más aún, algunos investigadores han cifrado en un 20 % los casos de nombramientos que han decepcionado ideológicamente a sus autores<sup>64</sup>. La entereza que los *Justices* han manifestado normalmente ante los partidos parece verificar, en definitiva, las previsiones de Hamilton respecto a la naturaleza vitalicia de los cargos, a saber, que «nada

59 *The Federalist papers*, § 78, cit., pág. 378.

60 Conferencia en *Columbia University*, 28 de abril de 1959.

61 *Time Magazine*, 23 de mayo de 1969, pág. 24; cit. en ABRAHAM, H., *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, 7.ª edición, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pág. 79.

62 Vid. TRIBE, L., *God Save this Honorable Court*, cit., págs. 51-76.

63 WARREN, C., *The Supreme Court in United States History*, vol. I, Little, Brown & Co., Boston, 2.ª ed. 1926, pág. 22.

64 Vid. DEVORE, J. A., y HAYNIE, S. L., «United States Supreme Court Voting and Presidential Ideological Expectations: 1916-1992», *Estudio presentado ante el Southern Political Science Association Meeting*, Atlanta (Georgia), Agosto de 1994; cit. por ABRAHAM, H., *Justices, Presidents and Senators*, cit., pág. 55.

contribuirá tanto como esto a ese espíritu independiente en los jueces que es esencial para el cumplimiento fiel de tan arduo deber»<sup>65</sup>.

Es preciso referirse, en este contexto, al *arrepentimiento explícito* de algunos Presidentes norteamericanos respecto a sus candidatos. Los casos más llamativos son, probablemente, el nombramiento por parte del republicano James Madison — pese a las advertencias de Jefferson— de Joseph Story, que en el Tribunal se reveló como el gran apoyo de Marshall en la causa federal<sup>66</sup>; y los nombramientos de Earl Warren y William Brennan por parte de Eisenhower, que él mismo consideró como sus dos grandes errores como presidente<sup>67</sup>. Otros presidentes que se han mostrado abiertamente contrariados por jueces que llevaron al Tribunal son, *v.gr.*, Theodore Roosevelt, cuya política *anti-trust* recibió sistemáticamente las opiniones críticas de Oliver W. Holmes en el Tribunal<sup>68</sup>; y Woodrow Wilson, que inesperadamente encontró en McReynolds al juez más reaccionario de la historia de la Corte y al más censurado por los estudiosos sobre el Tribunal<sup>69</sup>. Con independencia de estos casos sonoros, sin embargo, tanto la independencia como las apariencias de independencia de los jueces son, como hemos señalado, hechos constatables. Un breve examen del historial de los treinta y siete *Justices* nombrados desde el acceso a la presidencia de Franklin Delano Roosevelt —la «era moderna» del Tribunal, que coincide con el surgimiento del Estado de bienestar— muestra que, al menos, más de la mitad se han pronunciado en importantes casos en contra de la línea seguida por el partido del presidente que los nombró, sea demócrata o republicano.

Admitida la eficacia que el carácter vitalicio de los cargos posee respecto a la independencia y su apariencia, no pueden desconocerse, sin embargo, las serias objeciones que a su vez plantea. No es casualidad que nos encontremos ante un caso infrecuente en el Derecho Constitucional comparado, que no puede ser asumido sin las debidas cautelas. Entre los países europeos, la regla en la Justicia Constitucional es el mandato limitado a un número de años, y por lo general no renovable. Por otro lado, en los países del *common law* que mantienen la tradición del «*good behavior*», se han ido estableciendo límites al mandato de los magistrados, como veremos más adelante. No es del todo extraño, por lo tanto, que numerosos juristas norteamericanos hayan indicado, en los últimos años, posibles alternativas al actual mandato vitalicio.

En primer lugar, el mandato vitalicio puede producir un *alejamiento del cuerpo político*. Esta objeción fue postulada con exactitud en 1848 por un juez del Tribunal Supremo de Ohio: «si no es sabio conferir un mandato permanente al legislativo y al ejecutivo, tampoco se le debería conferir al judicial; y tanto más en cuanto que las fun-

65 *The Federalist papers*, § 78, cit., pág. 381.

66 *Vid.* PFEFFER, L., *This Honorable Court*, Beacon Press, Boston, 1965, págs. 93-94.

67 Al ser preguntado si había cometido errores como Presidente, el general respondió, refiriéndose a Earl Warren y William Brennan: «Sí, mis dos grandes errores están sentados en el Tribunal Supremo» (*vid.* ABRAHAM, H., *Justices, Presidents and Senators*, cit, pág. 4 y 329; la anécdota, que ha sido muchas veces citada, fue confirmada al propio Abraham por Milton Eisenhower, hermano del Presidente).

68 El mayor disgusto se produjo con el voto de Holmes en *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904), págs. 364 y ss. Aunque la Sentencia avaló la constitucionalidad del *Sherman Antitrust Act* por 5 votos a 4, Holmes emitió un duro voto particular. Theodore Roosevelt afirmó que Holmes suponía una «desagradable decepción», y ello «no por cualquier decisión concreta sino por su actitud general» [ROOSEVELT, T., *Letters*, vol. 5 (ed. Elting E. Morrison), Harvard University Press, Cambridge, 1952, pág. 396].

69 *Vid.* ABRAHAM, H., *Justices, Presidents and Senators*, cit., págs. 138-141.



ciones legislativas que el último lleva a cabo son algo enteramente oculto para la gran mayoría de la sociedad»<sup>70</sup>. Con el paso de más de dos siglos desde la aprobación de la Constitución, este problema se ha acentuado por el aumento de la esperanza de vida. Entre 1789 y 1970, la permanencia media en el cargo de los jueces del Tribunal Supremo fue de 14,9 años; entre 1970 y 2005, de 26,1 años. Congruentemente, muchos autores alertan de que la avanzada edad a la que se retiran los jueces crea un desfase entre sus puntos de vista y los de la mayoría de la sociedad. Nos hallaríamos, pues, ante una especie de *gerontocracia judicial*<sup>71</sup>.

Un segundo problema que plantea la avanzada edad que los magistrados alcanzan antes de retirarse es el estado de *decrepitud mental* en el que muchos han llegado a ejercer la jurisdicción. En un estudio publicado en 2000, el historiador David J. Garrow identificó aproximadamente quince casos de decrepitud que han influido en el funcionamiento del Tribunal. Entre ellos, algunos han creado situaciones de cierta gravedad para la administración de justicia, lo que ocasionalmente ha propiciado intentos de reforma constitucional para fijar un límite de edad. Particular preocupación despertó, *v.gr.*, el estado de salud del Juez Joseph McKenna, que emitió votos decisivos en condiciones de demencia senil hasta que, en 1924, el Tribunal determinó que su punto de vista no podía ser en ningún caso decisivo para el resultado de una votación —lo que dejó al Tribunal paralizado (4-4) en algunos asuntos. Más recientemente, William O. Douglas se resistió a abandonar el Tribunal tras sufrir un duro ataque que le dejó impedido a comienzos de 1974, y su dimisión, que se hizo realidad a finales de 1975, fue solicitada en medio de tensiones desde el propio Tribunal. Es también reseñable, por último, que ante el deterioro de su salud, Thurgood Marshall delegó todas sus funciones en los letrados durante los dos años anteriores a su dimisión en 1991<sup>72</sup>.

Tal vez, el principal problema que produce el mantenimiento vitalicio del cargo es la *falta de una renovación regular del Tribunal*. De un lado, el carácter *aleatorio* de los nombramientos ha producido largos períodos en que la mayoría de los jueces han sido nombrados por un solo Presidente. Así, por ejemplo, los doce jueces nombrados entre 1937 y 1949 lo fueron a propuesta de presidentes demócratas, mientras que los once nombrados entre 1969 y 1991 lo fueron a propuesta de presidentes republicanos. Ha habido presidentes que en un solo mandato han nombrado tres o más jueces (*v.gr.* Truman, Roosevelt, Hoover o Nixon), mientras que otros, como Carter, no han nombrado ninguno en ese mismo lapso de tiempo. En ocasiones ha sido la propia visión estratégica la que ha mantenido en el cargo a un juez incapaz, como sucedió con Douglas, que se resistió a aban-

70 GRIMKÉ, F., *Consideration upon the Nature and Tendency of Free Institutions*, Harvard University Press, Cambridge, 1968 (reedición), pág. 355.

71 CALABRESI, S., y LINDGREN, J., «Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered», *cit.*, pág. 24 y 35-39.

72 Entre los demás casos de decrepitud estudiados por Garrow, cabe destacar los de John Rutledge, William Cushing, Henry Baldwin, Robert C. Grier, Nathan Clifford, Ward Hunt, William Moody, Stephen Field, Oliver Wendell Holmes, Frank Murphy, Charles E. Whittaker y Hugo L. Black. *Vid.* más ampliamente GARROW, D.J., *Mental Decrepitude on the U. S. Supreme Court: The Historical Case for a 28th Amendment*, *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, págs. 995 y ss.; y ATKINSON, D.N., *Leaving the Bench*, University Press of Kansas, Lawrence, 1999, págs. 93-94 (sobre la dimisión de McKenna); págs. 146-149 (Douglas); y 156-160 (T. Marshall).



donar el Tribunal para evitar, entre otras cosas, que fuese Gerald Ford quien cubriese su vacante<sup>73</sup>.

Este último problema —el de las *decisiones estratégicas de retirada*— constituye, a mi juicio, un obstáculo relevante para la armónica renovación del Tribunal, y dota a los jueces de un papel político crucial, difícil de justificar, como desencadenantes del proceso de nombramiento<sup>74</sup>. Ordinariamente, los jueces escogen el momento más oportuno para jubilarse o se ven forzados a la retirada por los achaques de la edad, y es cada vez más infrecuente que fallezcan en el Tribunal —en el último medio siglo, el único caso fue el de William Rehnquist. La práctica normal es la dimisión y, cuando ésta se produce en condiciones normales de salud, es habitual que el juez facilite el nuevo nombramiento a un presidente del partido que a su vez lo nombró. Desde 1937, tan sólo tres magistrados han sido forzados a dimitir: dos empujados por el presidente Lyndon Johnson<sup>75</sup> y su propio candidato Abe Fortas —este último asediado por acusaciones de corrupción. Si se excluyen a los muchos que dimitieron en condiciones precarias de salud y a los que fallecieron en el cargo, desde la presidencia de F. D. Roosevelt podemos contar hasta once dimisiones no forzadas, en siete de las cuales el testigo fue cedido a un presidente del mismo signo que el del nombramiento del magistrado saliente. Además, de entre los otros cuatro, al menos dos (Blackmun y Souter) le entregaron el testigo al presidente del otro partido por razones de preferencia ideológica.

Desde mi punto de vista, las objeciones indicadas se encuentran sólidamente fundadas y, principalmente, la decrepitud mental de algunos jueces y la capacidad de todos ellos de decidir el momento político de su sucesión parecen abogar con particular fuerza en contra del mandato vitalicio. Existen algunas fórmulas, a mi juicio, que permiten cohonestar la ventaja que, en términos de independencia judicial, proporciona tal mandato, con la prevención de tan excesiva prolongación:

1. Una de las soluciones que se han propuesto es fijar una *edad máxima de permanencia en el cargo*, normalmente los setenta o los setenta y cinco años. La retirada a una edad determinada está prevista en países del continente europeo como Alemania, donde los magistrados del Tribunal Constitucional Federal han de abandonar el cargo al cumplir los 68 años (Art. 4.3 LTCF), o Rusia, donde la edad máxima es de 70 años (art. 12 LTC Fed. Rusa). El mismo límite se ha establecido en Austria, donde los jueces son nombrados, además, sin un mandato temporal definido (art. 147.6 Ley Const. Fed.). Igualmente, en los países del *common law*, que mantienen la tradición del *good behavior*, la edad de jubilación se ha impuesto también como una necesidad ineluctable. Así, por ejemplo, los jueces del Tribunal Supremo del Reino Unido mantienen su cargo hasta los 75 años (art. 35.3 *Constitutional Reform Act 2005* y art. 26 *Judicial Pensions Retirement Act 1993*);

73 Vid. MEADOR, D.J., «Thinking About Age and Supreme Court Tenure», en *Reforming the Court*, cit., págs. 122-123.

74 Vid. al respecto DAVIS, R., *Electing Justice*, cit., págs. 15 y ss.

75 En 1965, Johnson pactó la renuncia del Juez Arthur Goldberg a los cincuenta y siete años de edad y lo nombró representante permanente de EEUU ante la ONU, dejando de este modo una vacante que cubrió Abe Fortas. Dos años más tarde, nombró Fiscal General al hijo del Juez Tom Clark, creándole a este último un conflicto de intereses que le condujo a dimitir y dejar libre la vacante que cubriría Thurgood Marshall (vid. YALOF, D.A., *Pursuit of Justices*, cit., págs. 81-90).

los del Tribunal Supremo de Canadá, también hasta los 75 años (art. 9.2 *Supreme Court Act*); y los de la *High Court* de Australia, hasta los 70 años (Sec. 72 C. Australia). La unión del mandato indefinido con un límite máximo de edad corrige el problema de la decrepitud, dificulta el juego de las dimisiones estratégicas y cumple la misión de alejar del cuerpo político a los miembros del Tribunal. Conviene notar que, en nuestro país, constitucionalistas de prestigio como Ferreres Comella la han visto con buenos ojos<sup>76</sup>. Hay que tener en cuenta también, de todos modos, que no termina de resolver los obstáculos de equidad que presentan los nombramientos aleatorios.

2. Una segunda posibilidad consiste en conferir los jueces *un mandato amplio*, que los mantenga en el Tribunal hasta edades próximas a la jubilación. En el Derecho comparado la extensión de los mandatos varía, aunque la regla más común en nuestro entorno es el de nueve años, que España comparte con países como Francia (art. 56 CFR), Italia (art. 135 CIt) y Portugal (art. 222.3 CPort); o la regla de doce años, establecida en Alemania (art. 4 LTCF). Al igual que el mandato indefinido con límite de edad (Austria, Inglaterra, Canadá y Australia), la propuesta de mandatos algo más largos pretende evitar las disfunciones propias de la posesión vitalicia del cargo y asegurar las ventajas que ésta proporciona en términos de independencia. Junto con ello, persigue igualmente asegurar los beneficios que, en términos de equilibrio político, comporta la renovación regular de los cargos. Entre las propuestas de un mandato amplio en Estados Unidos, cabe mencionar la sugerencia de Philip D. Oliver y, más recientemente, de Steven G. Calabresi y James Lindgren, de fijar un término no renovable de dieciocho años<sup>77</sup>. Sin caer en el fetichismo hacia una cifra en concreto, esta propuesta es quizás la más elaborada entre los autores norteamericanos y tiene, desde mi punto de vista, importantes ventajas para la realización de los principios en juego:

a) En primer lugar, aproxima la expiración del mandato a la edad de setenta o setenta y cinco años, lo que contribuye a reforzar la *independencia de los magistrados*.

b) Al ser un número múltiplo de tres, permite una incidencia de las cámaras sobre un tercio del Tribunal cada seis años, un lapso prudente para dotar de *continuidad al Tribunal* y, simultáneamente, mantener viva su *legitimación democrática*.

c) En tercer lugar, garantizando una *renovación periódica* corrige el problema de los nombramientos aleatorios y las estrategias políticas en el manejo de los tiempos de retirada.

d) Por último, se trata de un término que *permite nombrar a candidatos experimentados*, eliminando con ello un incentivo peligroso de los cargos vitalicios o cuasivitalicios, a saber, el de nombrar jueces excesivamente jóvenes para prolongar al máximo la influencia en la Corte.

Hay que considerar, de todos modos, el problema de la *dimisión* o el *fallecimiento anticipado* de un juez. Con la ampliación del mandato, estas circunstancias acaecerían con mayor frecuencia. Son situaciones, sin embargo, que cabría afrontar, como han indicado Oliver, Calabresi y Lindgren, mediante la cobertura de las vacantes con *jueces*

76 FERRERES COMELLA, V., «The Spanish Constitutional Court», *Journal of Comparative Law*, vol. 3:2, 2008, pág. 37-38.

77 CALABRESI, S., y LINDGREN, J., «Term Limits for the Supreme Court», *cit.*, págs. 57 y ss.

*nombrados con carácter interino*, que cesarían en el cargo en el momento en que aquél a quien vinieron a suceder habría de completar su mandato<sup>78</sup>. Se trata de una solución que ya existe en Francia y, aunque en una provisión de dudosa constitucionalidad, también se ha introducido en nuestro país<sup>79</sup>. En un sistema de elección por mayorías parlamentarias cualificadas, los magistrados interinos podrían ser nombrados por el mismo procedimiento que sus predecesores y, ante la falta de consenso al cabo de un determinado plazo, por una mayoría simple del Parlamento.

Aunque tal vez sea un poco forzado, cabría argüir todavía que la regla del cargo vitalicio o cuasivitalicio (con simple fijación de un límite de edad) redunda más claramente en beneficio de la independencia jurisdiccional. Es por ello que, en consonancia con la concepción norteamericana de la jurisdicción constitucional, plenamente integrada en el Poder Judicial, Calabresi y Lindgren sugieren que los magistrados cesantes en el Tribunal Supremo continúen sus funciones judiciales con carácter vitalicio en un tribunal federal inferior<sup>80</sup>. A mi modo de ver, la especial dignidad de la suprema jurisdicción constitucional hace desaconsejable esta propuesta y, en nuestro ordenamiento, la posición diferenciada del Tribunal Constitucional la torna particularmente problemática. No obstante, acaso no sería inapropiado disponer que, tras un extenso mandato, los antiguos magistrados del Tribunal Constitucional pudiesen incorporarse al Consejo de Estado, con carácter de consejeros natos, hasta los setenta o setenta y cinco años. Una previsión semejante no solamente blindaría su *status* y completaría su *cursus honorum* sino que, al mismo tiempo, les asociaría a un ministerio público acorde con su experiencia en asuntos de Estado.

En conclusión, entiendo que, entre los principales modelos —cargos vitalicios, cargos cuasivitalicios (con límite de edad) y mandatos temporales—, el sistema con mayor capacidad de optimizar los diferentes principios en juego es el de los mandatos temporales amplios. En particular, la propuesta de Lindgren y Calabresi de un mandato de dieciocho años acoge sustancialmente las ventajas que, en términos de independencia, proporciona el modelo de cargos vitalicios, y asume igualmente los beneficios que se desprenden de una renovación periódica. Una reforma dirigida a alargar los mandatos sería desde mi punto de vista prudente y no es, en absoluto, una propuesta del todo extraña. Como se ha indicado más arriba, el mandato vitalicio o cuasivitalicio ha encontrado el apoyo de importantes autores como el profesor Ferreres. Si recurrimos a la historia del continente, es interesante notar, por ejemplo, que un teórico de la talla de Jellinek —tal vez el primer gran jurista en proponer una jurisdicción constitucional

78 *Op. cit.*, págs. 52-53.

79 *Vid.* art. 12 Ley Orgánica del Consejo Constitucional, de 7 de noviembre de 1958; y art. 16.5 LOTC. Esta disposición ha sido acertadamente criticada en nuestro país, además, por su efecto normalizador del retraso (*vid.* más ampliamente RUBIO LLORENTE, F., «La jurisdicción constitucional en España», en *La forma del poder*, vol. III, CEPC, 3ª edición, Madrid, 2012, págs. 1214-1215; GARCÍA ROCA, J., «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *cit.*, págs. 9-10; y ESTRADA MARTÍN, J.A., «El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales», *cit.*, pág. 79). Además, la renovación por tercios que impone el artículo 159.3 CE parece entrar en contradicción con el término de nueve años, previsto por el propio precepto. Sin entrar de lleno en esta última cuestión, lo cierto es que el nombramiento interino dejaría de legitimar los retrasos si, como aquí se propone, se fijase un mecanismo para resolver el bloqueo y la capacidad de veto.

80 CALABRESI, S., y LINDGREN, J., *Op. cit.*, pág. 20.

para Austria, antes incluso que Kelsen— veía en el mandato limitado de seis años un obstáculo importante para atribuirle semejante función al *Staatsgerichtshof*, al tiempo que consideraba que el mandato vitalicio del *Reichsgericht* lo hacía más apropiado para el ejercicio de la jurisdicción constitucional<sup>81</sup>.

A mi juicio, el modelo propuesto acoge simultáneamente las ventajas de los cargos vitalicios con las que nuestra doctrina ha visto en el plazo de nueve años: por una parte, se mantendría el sistema de renovaciones parciales, lo que evitaría las rupturas bruscas y haría posible un cambio progresivo<sup>82</sup>; y por otra, permitiría acomodar la edad del magistrado entrante de suerte que se evitase una jubilación excesivamente tardía<sup>83</sup>. En cuanto a las objeciones, frente a la excesiva amplitud de los mandatos se ha argüido el «desgaste físico y personal» que acarrea tamaña responsabilidad<sup>84</sup>, así como el consabido distanciamiento del cuerpo político<sup>85</sup>. No en vano, nueve años es el término medio del mandato en los países de nuestro entorno, y se trata de un plazo que tradicionalmente ha contado con el beneplácito de la literatura jurídica. El estudio pausado de la evolución histórica experimentada por el modelo norteamericano muestra, como ya se ha expuesto, unos niveles extraordinarios de independencia atribuibles *ante todo* al mantenimiento del cargo *ad vitam*, algo que el término de nueve años difícilmente puede igualar. El sistema propuesto constituye, valga la insistencia, el mejor camino para alcanzar aquellas cotas sin caer en sus inconvenientes.

## VII. EL NÚMERO DE JUECES

Antes de terminar este trabajo, conviene hacer una última reflexión sobre el tamaño apropiado del Tribunal. En los Estados Unidos es la ley la que, discrecionalmente, ha fijado en nueve el número de jueces que componen el Tribunal Supremo. A lo largo de la historia, sin embargo, el tamaño del Tribunal ha variado, y es éste un asunto que ha suscitado importantes tensiones entre los poderes. La más conocida fue el *court-packing* de Franklin D. Roosevelt que, ante la imposibilidad de sacar adelante el *New Deal*, propuso añadir una plaza por cada juez que superase la edad de setenta años hasta completar un número de quince jueces. Anunciado el 5 de febrero de 1937 y rechazado por el Senado el 20 de julio, el *court-packing plan* había logrado, entretanto, su pretendido viraje de la jurisprudencia del Tribunal<sup>86</sup>. De haber prosperado, la injerencia de Roosevelt sería la única modificación del número de jueces desde 1869, año en que se fijó,

81 Vid. el opúsculo de JELLINEK, G., *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Alfred Hölder, Viena, 1885, págs. 53 y 66.

82 Vid. v.gr. ESPÍN TEMPLADO, E., «Artículo 16», *cit.*, pág. 299; y ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia Constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Tirant lo Blanch, 2.ª edición, Valencia, 1989, pág. 107.

83 Vid. v.gr. GARCÍA ROCA, J., «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *cit.*, pág. 14.

84 GARCÍA ROCA, J., *cit.*, págs. 20-21.

85 Vid. v.gr. ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia Constitucional*, *cit.*, pág. 107. Aunque este autor dirige principalmente su crítica —al igual que muchos otros— al mandato vitalicio.

86 Sobre el *Court-Packing* de Franklin Delano Roosevelt, vid. LEUCHTENBURG, W.E., *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.

bajo el Presidente Grant, la regla de los nueve. Con anterioridad a esta estabilización, sin embargo, el número varió en numerosas ocasiones y fue objeto de algunas manipulaciones políticas, lo que pone de manifiesto las ventajas que tiene la  *fijación constitucional del número de magistrados*<sup>87</sup>.

En el Derecho comparado, la Justicia Constitucional presenta *un cuadro muy variado en cuanto al número de jueces o magistrados*. El Tribunal Constitucional Federal alemán, *v.gr.*, está compuesto por 16 miembros —dos Salas de ocho jueces, con competencias propias (art. 2.1 y 2.2 LTCF)—; el Tribunal Constitucional italiano lo forman 15 jueces (art. 135 Cit); en Austria, está compuesto por 14 jueces y 6 sustitutos que reemplazan temporalmente a quienes no pueden asistir a las sesiones (art. 147.1 LCF); en Portugal son 13 los jueces que forman el Tribunal (art. 222 CPort); en Rusia lo forman 19 (art. 4 LTCF); en Inglaterra, como en España, hay 12 magistrados (art. 23.2 CRA 2005); en Canadá, como en Estados Unidos, hay 9 (art. 4 *Supreme Court Act*); y, en Australia, la *High Court* está compuesta tan sólo por 7 jueces (Sec. 5 *High Court of Australia Act* 1979).

Resulta imposible apuntar una cifra ideal para algo tan fluctuante y contingente como el número de los magistrados que componen los tribunales constitucionales. Kelsen proponía que no fuera *excesivamente amplio*, para no desvirtuar la naturaleza jurisdiccional del órgano<sup>88</sup>. Al mismo tiempo, un número *excesivamente escaso* dotaría a los magistrados de un desmesurado protagonismo como figuras públicas. Que el tribunal posea cierta amplitud evita la personalización de las opiniones de la Corte. A ello hay que añadir que, en el caso de un tribunal renovado por mayorías cualificadas del Parlamento, una cifra relativamente abundante permite que, en la renovación, se haga un uso razonable y representativo de las cuotas, las cuales, de ser impares, conferirían una ligera ventaja, también razonable, al grupo o a la coalición mayoritaria. No puede ignorarse, sin embargo, el obstáculo que un número amplio de magistrados plantea a las deliberaciones del pleno<sup>89</sup>.

En cuanto a la disyuntiva entre un número par o impar de magistrados, parece que la segunda opción fortalece la colegialidad, en cuanto que evita el voto dirimente<sup>90</sup>. Éste podría excluirse también, como en Alemania, dándole al empate el valor de una nолuntad de declarar la inconstitucionalidad (*cfr.* art. 15.4 LTCF). Aunque es cierto que el problema sólo se presenta en contadas ocasiones, cualquiera de estas dos soluciones eliminaría la posibilidad de desfigurar el origen institucional de la decisión atribuyéndosela a la persona del Presidente como auténtico o exclusivo artífice<sup>91</sup>. El mante-

87 Para la evolución norteamericana, *vid.* WARREN, C., *The Supreme Court in United States History*, vol. I, cit., pág. 11 (*Judiciary Act Sept. 24, 1789*); págs. 186-189 (*Judiciary Act Feb. 13, 1801*); págs. 208-209 (*Repeal Act March 31, 1802*); pág. 299 (*Seventh Circuit Act Febr. 24, 1807*); Vol. II, cit., pág. 39 (*Judiciary Act March 3, 1837*); pág. 380 (*Tenth Circuit Act March 3, 1863*); págs. 421-423 (*Judicial Circuits Act July 23, 1866*); pág. 510 (*Judiciary Act April 10, 1869*).

88 Kelsen, H., «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 5, Walter de Gruyter, Berlín y Leipzig, 1928, pág. 56.

89 Así lo advierte, *v.gr.*, GARCÍA ROCA, J., «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *cit.*, págs. 25-26.

90 La crítica al número par ha sido constante desde el mismo momento constituyente. *Vid.* más ampliamente, por todos, F. FERNÁNDEZ SEGADO, «Art. 159», *cit.*, págs. 73 y ss.

91 *Vid.* SANTAOALLA LÓPEZ, F., «El voto de calidad del Presidente del TC», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, págs. 206 y ss.

nimiento del número impar y la renovación parcial por tercios exigiría, sin embargo, reducir a nueve el número de magistrados o aumentarlo hasta quince. Si el número de nueve sería tal vez escaso, un tribunal de quince magistrados, como el italiano, permitiría constituir varias subdivisiones. Ha de insistirse, sin embargo, en la advertencia de Zagrebelsky de que la *Corte Costituzionale* se halla al borde de sus posibilidades en cuanto a su tamaño<sup>92</sup>. Tal vez sea ocioso, pues, seguir haciendo disquisiciones en torno a esta cuestión en busca de un número ideal. Después de todo, «es la razón misma la que reconoce que la contingencia, la contradicción y la apariencia tienen —bien que limitados— su esfera y su derecho, y no se esfuerza en reducir semejantes contradicciones a la igualdad y a la justicia»<sup>93</sup>.

\*\*\*

TITLE: *Constitutional Court composition in comparative perspective (specially compared to United States).*

ABSTRACT: *The institutional crisis provoked by the delay of the new appointments to the Constitutional Court has prompted general reflection about the rules governing its composition and new appointments. Its regular working, its independence, its democratic legitimacy and its own auctoritas are crucial to fulfilling the constitutional mission with which it is entrusted. The fulfilment of these principles also depends in great measure upon the rules governing its composition, e. g. the powers and majorities that take part in the election of Justices, the term limits of their tenure, and the qualifications they should possess. The present article attempts to make a balanced contribution to the conversation about these questions, in the light of American experience. The author approaches these problems by critically examining the American system in the light of historical experience, in order to avoid either an excessive fear or a naïve acceptance of foreign patterns.*

RESUMEN: *La crisis institucional provocada por el retraso de los nuevos nombramientos para el Tribunal Constitucional ha suscitado una reflexión generalizada acerca de las reglas sobre su composición y renovación. Su funcionamiento normal, su independencia, su legitimación democrática y su auctoritas son cruciales para cumplir la misión constitucional que tiene encomendada. A su vez, la realización de estos principios depende en gran medida de las reglas que gobiernan su composición, v.gr. los órganos y mayorías que intervienen en la selección de los magistrados, el término de sus mandatos y las cualidades que han de poseer. Este artículo pretende hacer una contribución ponderada a la discusión sobre estas cuestiones a la luz de la experiencia norteamericana. El autor se aproxima a estos problemas examinando críticamente el sistema norteamericano a la luz de la experiencia histórica, en aras de evitar tanto el temor excesivo como la aceptación acrítica de modelos extranjeros.*

KEY WORDS: *Constitutional Court, United States Supreme Court, Justices, appointment process, independence, democracy, life tenure, term limit, ideology*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo de EEUU, Magistrados, proceso de nombramiento, independencia, democracia, duración del mandato, ideología.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 16.11.2012

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12.02.2013

92 ZAGREBELSKY, G., *Principi e voti*, cit., págs. 68-69.

93 HEGEL, G.W., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en *Gesammelte Werke*, vol. 14-1, Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 2009, § 214, pág. 179.